



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

**Rezension von: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.): Basler Kommentar -
Kartellgesetz**

Heinemann, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-53753>
Journal Article

Originally published at:
Heinemann, Andreas (2011). Rezension von: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.): Basler Kommentar -
Kartellgesetz. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil, 60:277-279.

Marc Amstutz, Mani Reinert (Hrsg.): Basler Kommentar – Kartellgesetz. Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010, 2023 S., ISBN 978-3-7190-2603-5

Das Schweizer Kartellrecht blickt auf eine rasante Entwicklung zurück. Das geltende Kartellgesetz (KG) von 1995 hat klar formulierte Verbotstatbestände geschaffen, eine präventive Fusionskontrolle eingeführt und der Wettbewerbskommission eine eigene Verfügungskompetenz eingeräumt. Die KG-Revision von 2003 hat das Schweizer Kartellrecht den internationalen Standards angeglichen: Für Verstöße gegen das Verbot harter Wettbewerbsabreden und das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen können pekuniäre Sanktionen in beträchtlicher Höhe verhängt werden. Die Sanktionierung erfolgt für den Gesetzesverstoß als solchen, setzt also nicht mehr voraus, dass die betreffende Verhaltensweise zunächst durch die Behörde untersagt und dennoch fortgesetzt wurde. Die Schweizer Bundesverfassung stellt (in Art. 96) an die kartellrechtlichen Verbote erhöhte Anforderungen: Wettbewerbsbeschränkungen können nicht an sich unzulässig sein. Das Gesetz muss an die volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen anknüpfen. Auch wenn die Entwicklung des Schweizer Kartellrechts stark durch das Europäische Kartellrecht beeinflusst ist, sorgt diese Besonderheit dafür, dass das Schweizer Kartellgesetz Charakteristika aufweist, die seine Einbeziehung in rechtsvergleichende Untersuchungen attraktiv machen. Eine vertiefte Auseinandersetzung wird nun durch den Basler Kommentar erleichtert, den bisher umfangreichsten Kommentar zum Schweizer Kartellrecht. Der Autorenkreis setzt sich aus Vertretern der Wissenschaft, Wettbewerbskommission und Anwaltschaft zusammen, so dass die verschiedenen Perspektiven ihren Niederschlag finden. Das Ergebnis ist ein großer Wurf: In beispielloser Intensität wird das Schweizer Kartellrecht durchleuchtet und mit den aktuellen Herausforderungen konfrontiert.

Aus der Perspektive dieser Zeitschrift ist das Verhältnis von Kartellrecht und Immaterialgüterrecht von besonderem Interesse. Das Schweizer Kartellgesetz verfügt in Art. 3 Abs. 2 über eine Spezialnorm zu diesem Thema. Danach ist das Kartellgesetz nicht anwendbar auf Wettbewerbswirkungen, die sich ausschließlich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden und -historischen Analyse stellt *Reto M. Hilty* grundlegende Überlegungen zur Schnittstelle der beiden Rechtsmaterien an und gelangt zu einer Fundamentalkritik dieser Vorschrift. Immaterialgüterrecht habe sich in die Gesamtheit der Wettbewerbsordnung einzufügen. Das Recht des geistigen Eigentums und das Kartellrecht verfolgten letztlich dieselben Ziele, nämlich die Verwirklichung wirksamen und dynamischen Wettbewerbs. Eine Vorrangregelung zugunsten eines Rechtsgebiets verkenne den Gesamtzusammenhang und könne ohne Verlust gestrichen werden. Im Ergebnis gelangt *Hilty* zu einer weitgehenden Bedeutungslosigkeit der Vorschrift. Ihm kann in Analyse und Folgerungen nur zugestimmt werden. Immaterialgüterrechtliche Besonderheiten sollten in die Auslegung der kartellrechtlichen Tatbestände eingebracht werden. Die Errichtung von Anwendungsschranken führt demgegenüber dazu, dass die entscheidenden Fragen, nämlich nach dem Beschränkungspotential immaterialgüterrechtlich gestützter Strategien nicht gestellt werden können oder aber – versteckt – in die Auslegung der Anwendungssperre eingebracht werden, wo sie nicht hingehören. Vorzuziehen wäre eine Streichung der Vorschrift. Diese Forderung setzt sich immer mehr durch, wird aber dadurch verkompliziert, dass durch die KG-Revision von 2003 eine zusätzliche Bestimmung über die kartellrechtliche Überprüfbarkeit immaterialgüterrechtlich gestützter Importbeschränkungen aufgenommen wurde, deren klarstellenden Effekt manche durch eine Streichung gefährdet sehen. Dies überzeugt allerdings nicht, da man die Anwendungssperre beseitigen und eine geeignete

Formulierung hinzufügen könnte, welche die Anwendbarkeit des KG auf Beschränkungen im Grenzbereich von Kartellrecht und Immaterialgüterrecht festschreibt.

Der markanteste kartellrechtliche Trend ist die sprunghaft ansteigende Ökonomisierung. Sie findet im Basler Kommentar auch dadurch Berücksichtigung, dass *Stefan Bühler* und *Daniel Halbheer* in einem einleitenden Teil einen ausführlichen Überblick über die (industrie-)ökonomischen Grundlagen und Grundbegriffe geben, der dem Leser auch einen Einblick in das grundlegende mathematische Instrumentarium verschafft. Den größten Gebrauch von der Industrieökonomik machen *Marc Amstutz* und *Blaise Carron* in ihrer gut zweihundertseitigen Kommentierung zu Art. 7 KG, dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen. Die Autoren stellen heraus, auf welch unsicherem Boden das Kartellrecht im Allgemeinen und das Missbrauchsverbot im Besonderen stehe. Eine ökonomische Fundierung tue deshalb not. Das es aber keine allgemein anerkannte Wettbewerbstheorie gebe, ja es sie nicht geben könne, müsse mit dem Pluralismus an Wettbewerbstheorien gelebt werden. Es obliege dem Rechtsanwender, sich im konkreten Fall für ein wettbewerbstheoretisches Modell zu entscheiden. Ihm obliege dabei eine "Resonanz-Pflicht": Der wirtschaftswissenschaftliche "Markt der Ideen" sei ständig zu beobachten, die kartellrechtliche Praxis sei zu revidieren, "wenn theoretische Durchbrüche dazu Anlass geben" (Art. 7 KG Rn. 5). Weder die Missbrauchsbeispiele in Art. 7 Abs. 2 KG noch das Kriterium des Leistungswettbewerbs führten sehr viel weiter. Die Autoren fügen hinzu, dass der Missbrauchsbegriff folglich wettbewerbstheoretisch zu fundieren sei, nicht aber durch die Wirtschaftswissenschaften determiniert werde. Nachdem so die Schwierigkeiten bei der Auslegung des Missbrauchsverbots hervorgehoben sind, folgt die Konkretisierung, nämlich eine eingehende Analyse der möglichen Missbrauchsformen, die dem Gerüst der in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Beispielsfälle folgt. Das Versprechen, hierbei die Erkenntnisse der Industrieökonomik heranzuziehen, wird eingelöst.

Die These, dass es die Aufgabe des Rechtsanwenders ist, eine Auswahl aus der Fülle der Wettbewerbstheorien zu treffen, verdient uneingeschränkte Zustimmung. Die Kommentierung gibt hierfür reiche und scharfsinnige Hilfestellung. Hier sei ein Vorschlag zur Diskussion gestellt, der die positivrechtlichen Grenzen der Ökonomisierung unterstreicht. Dem Beispielskatalog in Art. 7 Abs. 2 KG sollte eine weitere Funktion zugewiesen werden: Diejenigen industrieökonomischen Ansätze, die zu mindestens einem der aufgezählten Beispielsfälle in Widerspruch stehen, scheiden für die Zwecke der Rechtsanwendung aus. Sie bleiben für den Gesetzgeber und mögliche Gesetzesänderungen relevant. Es ist aber mit dem Grundsatz der Gesetzesbindung nicht vereinbar, sie für die Anwendung des geltenden Rechts heranzuziehen. Mit anderen Worten: Nicht alles, was auf dem Markt der Ideen angeboten wird, ist auch legal. So folgt aus Art. 7 Abs. 2 lit. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen), dass wettbewerbstheoretische Ansätze, welche kartellrechtlichen Kontrahierungszwang kategorisch ablehnen und ganz auf die langfristige Erosion von Marktmacht setzen, keine Berücksichtigung finden können. Dasselbe gilt für Ansätze, welche dem Marktbeherrscher die Monopolrente aus Anreizgründen belassen möchten und folglich kein Verständnis für die Fallgruppe des Ausbeutungsmissbrauchs (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) haben, oder Standpunkte, welche im Gegensatz zu lit. d Kampfpreisstrategien für ungefährlich halten. Allfällige Unterschiede in diesen Punkten zum US-amerikanischen Antitrust-Recht lassen sich also nicht im Wege der Auslegung beseitigen.

In rechtsvergleichender Perspektive ist bemerkenswert, mit welcher Intensität in der Schweiz die Diskussion um die Vereinbarkeit des öffentlich-rechtlichen Sanktionsmechanismus mit grundrechtlichen Vorgaben geführt wird. Dies hat u.a. damit zu tun, dass die Schweizer Wettbewerbskommission die Zuständigkeit zur Verhängung direkter Sanktionen hat, während beispielsweise die Bußgeldzuständigkeit des Bundeskartellamts nach einem Einspruch auf das

Oberlandesgericht übergeht, so dass kein Konflikt mit dem durch Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Recht auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht entsteht. *Marcel Alexander Niggli* und *Christof Riedo* ordnen die kartellrechtlichen Sanktionen in das strafrechtliche System ein, ein – besonders auch angesichts der konzeptionellen Mängel des geltenden Rechts in diesem Bereich – äußerst verdienstvolles Unterfangen. Es seien aus den umfassenden Ausführungen zwei Aspekte herausgegriffen. Die Verfasser vertreten die Auffassung, dass es für die Respektierung des Rechts auf Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht ausreiche, wenn irgendwann im Zuge des Verfahrens ein unabhängiges Gericht mit voller Kognition angerufen werden könne. Da aufgrund der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts diese Möglichkeit bestehe, sei die institutionelle Ausgestaltung mit den Vorgaben in Verfassungsrecht und EMRK vereinbar (Vor Art. 49a-53 KG, Rn. 237). Die Verfasser stimmen folglich mit dem Standpunkt überein, den das Schweizer Bundesverwaltungsgericht in den Rechtssachen *Terminierungspreise im Mobilfunk*¹ und *Publigroupe*² eingenommen hat. Dies erscheint sachgemäß, lässt sich doch aus der Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs ableiten, dass auf der niedrigsten Stufe der pönalen Unwertskala (z.B. bei den Verwaltungssanktionen) auch außerhalb des Bagatellbereichs die spätere Zuständigkeit eines Gerichts ausreichend ist. Nach Meinung der Verfasser weisen die direkten Sanktionen allerdings gravierende Mängel im Hinblick auf das Legalitätsprinzip auf. Die Bestimmtheit sowohl der materiellrechtlichen Tatbestände als auch der Sanktionen (Belastung mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes) sei "hochgradig ungenügend" (*ibid.*, Rn. 95). Dem kann nicht zugestimmt werden. Es ist anerkannt, dass es für die Bestimmtheit einer Norm ausreichend ist, wenn der Adressat – wenn nötig unter Heranziehung der Rechtsprechung und Einholung von Rechtsrat – dazu in der Lage ist, die möglichen Konsequenzen seines Verhaltens zu erkennen. Die der Sanktionierung unterliegenden harten Absprachen erfüllen diese Voraussetzung zweifellos. Aber auch was das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen betrifft, ist auf der Ebene der Verwaltungssanktionen hinreichende Bestimmtheit zu bejahen. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll eine Orientierung am europäischen Kartellrecht erfolgen, so dass nicht nur die Rechtsanwendung in der Schweiz, sondern auch die reichhaltige Praxis zum europäischen Missbrauchsverbot herangezogen werden kann. Wie breit dieses Fundament ist, wird z.B. auch daran deutlich, dass die Besprechung von Art. 7 KG in dem hier rezensierten Werk die längste Einzelkommentierung des gesamten Bandes ist. Schließlich sind die Sanktionen auch auf der Rechtsfolgenseite hinreichend bestimmt (so auch das Bundesverwaltungsgericht im erwähnten *Publigroupe*-Entscheid). Das gilt im Schweizer Recht – verglichen etwa mit dem Europäischen Kartellrecht – umso mehr, als mit der KG-Sanktionsverordnung ein verbindlicher Rechtstext zur Sanktionsbestimmung (einschließlich Bonusregelung) vorliegt.

Platzgründe verhindern, aus der Fülle des vorzüglichen Werks weitere Teile herauszugreifen. Sowohl die materiellrechtlichen Tatbestände als auch die verschiedenen Mechanismen zur Durchsetzung des Kartellrechts (öffentlich und privat) werden durchweg in beeindruckender Tiefe analysiert. Der Leser wird sich in dem übersichtlichen und durch ein Sachregister vorbildlich erschlossenen Werk mühelos selbst zurechtfinden und überall reichlich Stoff und Antworten auf seine Fragen finden. Bisher stand der *Commentaire Romand* in der Klasse der mehr als tausendseitigen Kartellrechtskommentare alleine da. Mit dem Basler Kommentar stößt nun auch ein deutschsprachiger Kommentar in diese Liga vor. An ihm wird bei der Auseinandersetzung mit Schweizer Kartellrecht kein Weg vorbeiführen.

Prof. Dr. Andreas Heinemann, Universität Zürich

¹ RPW 2010/2, 242.

² RPW 2010/2, 329.